

Αριθμός απόφασης: Α 454 / 2019

Η ΑΡΧΗ ΕΞΕΤΑΣΗΣ ΠΡΟΔΙΚΑΣΤΙΚΩΝ ΠΡΟΣΦΥΓΩΝ

2^ο ΚΛΙΜΑΚΙΟ

ΔΙΑΔΙΚΑΣΙΑ ΠΡΟΣΩΡΙΝΗΣ ΠΡΟΣΤΑΣΙΑΣ

Συνήλθε στην έδρα της, στις 04 Οκτωβρίου 2019, με την εξής σύνθεση: Γερασιμούλα – Μαρία Δρακονταειδή, Πρόεδρος, Νικόλαος Σαββίδης - Εισηγητής - δυνάμει της με αριθμό 1487/2019 Πράξης της Προέδρου του Κλιμακίου και Κωνσταντίνο Κορομπέλη, Μέλη

Για να εξετάσει το αίτημα αναστολής – προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην Προδικαστική Προσφυγή με Γενικό Αριθμό Κατάθεσης (ΓΑΚ) - Αρχή Εξέτασης Προδικαστικών Προσφυγών (ΑΕΠΠ) 1193/01-10-2019, της ανώνυμης εταιρείας με την επωνυμία ««.....»», που εδρεύει στην, επί της οδού, αρ., όπως νομίμως εκπροσωπείται (εφεξής «προσφεύγουσα» ή «.....»)

Κατά του Ν.Π.Δ.Δ. με την επωνυμία «.....», που εδρεύει στο, επί της οδού, αρ. (εφεξής «Αναθέτουσα Αρχή» ή «ΑΑ» ή «.....») και κατά της υπ' αριθ. πρωτ. διακήρυξης με βάση την οποία διενεργείται διεθνής ανοιχτός ηλεκτρονικός δημόσιος διαγωνισμός για την προμήθεια (CPV:) για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους με δικαίωμα παράτασης ενός (1) επιπλέον έτους, συνολικού ενδεικτικού προϋπολογισμού 196.000,00 ευρώ με ΦΠΑ για το ένα (1) έτος και 392.000,00 ευρώ με ΦΠΑ για τα δύο (2) έτη και κριτήριο κατακύρωσης την χαμηλότερη τιμή (εφεξής «προσβαλλόμενη διακήρυξη» ή «διακήρυξη»), για τους λόγους που αναφέρονται στην εν λόγω προσφυγή.

Η συζήτηση άρχισε αφού άκουσε τον Εισηγητή, Νικόλαο Σαββίδα

Αφού μελέτησε τα σχετικά έγγραφα

Σκέφτηκε κατά τον Νόμο

Αριθμός απόφασης: Α 454 / 2019

1. Επειδή, το με την προσβαλλόμενη διακήρυξή του, η οποία αναρτήθηκε στο Κεντρικό Ηλεκτρονικό Μητρώο Δημοσίων Συμβάσεων (ΚΗΜΔΗΣ) με ΑΔΑΜ: 2019-09-04 καθώς και στη διαδικτυακή πύλη του Εθνικού Συστήματος Ηλεκτρονικών Δημοσίων Συμβάσεων (Ε.Σ.Η.ΔΗ.Σ.), όπου έλαβε συστημικό αριθμό, προκήρυξε τον ελεγχόμενο διαγωνισμό. Το αντικείμενο αυτού αφορά, όπως περιγράφονται στο παράρτημα Β΄ της διακήρυξης. Κριτήριο ανάθεσης είναι η πλέον συμφέρουσα από οικονομική άποψη προσφορά βάσει μόνον της χαμηλότερης τιμής. Καταληκτική ημερομηνία υποβολής προσφορών, τέλος, ορίζεται η 7^η Οκτωβρίου 2019 και ώρα 15:00. Κατά της διακήρυξης αυτής του η προσφεύγουσα άσκησε την υπό εξέταση προδικαστική της προσφυγή.

2. Επειδή, με την εν λόγω προδικαστική προσφυγή, που χρεώθηκε στο 2ο Κλιμάκιο ΑΕΠΠ με το από 01-10-2019 ενημερωτικό ηλεκτρονικό μήνυμα του Προέδρου της, πέραν του αιτήματός της να ακυρωθούν οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης κατά τις ειδικές στην προσφυγή της αιτιάσεις και με τα σε αυτήν ειδικότερα αιτήματα, η προσφεύγουσα αιτείται και να ανασταλεί η διαγωνιστική διαδικασία, μέχρις εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής της.

3. Επειδή, ο διαγωνισμός, ενόψει του αντικειμένου του (προμήθεια), της συνολικής εκτιμώμενης αξίας της σύμβασης, συμπεριλαμβανομένου του δικαιώματος προαίρεσης (παράτασης), χωρίς ΦΠΑ, (346.890,60€), της νομικής φύσης της αναθέτουσας αρχής, που αποτελεί μη κεντρική κυβερνητική αρχή, της δραστηριότητας που ασκεί, που είναι η παροχή υπηρεσιών υγείας και του χρόνου εκκίνησης της διαγωνιστικής διαδικασίας (αποστολή προκήρυξης της σύμβασης για δημοσίευση στην επίσημη εφημερίδα της Ευρωπαϊκής Ένωσης την 29-08-2019), εμπίπτει στο πεδίο εφαρμογής της Οδηγίας 2014/24/ΕΕ, υπάγεται δε συναφώς και στις διατάξεις του ν. 4412/2016. Συνακόλουθα, η κρινόμενη διαφορά διέπεται από

Αριθμός απόφασης: Α 454 / 2019

τις διατάξεις του Βιβλίου IV του νόμου αυτού, σύμφωνα με τα οριζόμενα στα άρθρα 345 παρ. 1 και 379 παρ. 7 του νόμου, όπως έχουν τροποποιηθεί και ισχύουν, η δε Α.Ε.Π.Π. ενώπιον της οποίας ασκείται η προδικαστική προσφυγή είναι αρμόδια για την εξέτασή της.

4. Επειδή, η υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή πιθανολογείται ότι έχει ασκηθεί τύποις παραδεκτώως, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 361 παρ. 1 περ. γ' του ν. 4412/2016 και 4 παρ. 1 περ. γ' του π.δ. 39/2017, 362 παρ. 2 του ν. 4412/2016 και 8 παρ. 2 και Παράρτημα Ι του π.δ. 39/2017, καταβλήθηκε δε και δεσμεύτηκε το νόμιμο παράβολο (ηλεκτρονικό παράβολο αυτόματης δέσμευσης με κωδικό), ποσού 630,28€, σύμφωνα με τις διατάξεις των άρθρων 363 παρ. 1 του ν. 4412/2016 και 5 παρ. 1 του π.δ. 39/2017, δοθέντος ότι η προϋπολογισθείσα αξία της σύμβασης, στην οποία με βεβαιότητα κατατείνει η διαγωνιστική διαδικασία ανέρχεται σε 173.455,30€ (ετήσια διάρκεια), ενώ είναι αβέβαιο αν και μέχρι ποιου ύψους θα ασκηθεί το δικαίωμα προαίρεσης (παράταση μέχρις ενός έτους και για ποσό μέχρι 173.455,30€).

5. Επειδή, εξάλλου, η προσφεύγουσα ισχυρίζεται ότι αν και δραστηριοποιείται στην προμήθεια των δημοσίων νοσοκομείων με φίλτρα τεχνητού νεφρού, εμποδίζεται να λάβει μέρος στον εν λόγω διαγωνισμό, διότι οι προσβαλλόμενοι όροι της διακήρυξης, κατά παράβαση της κοινοτικής και εθνικής νομοθεσίας, θέτουν, εκ προοιμίου, εκτός διαγωνιστικής διαδικασίας τα πιστοποιημένα με CE και νομίμως κυκλοφορούντα εντός της ΕΕ φίλτρα του μαλαισιανού οίκου Vital Healthcare Sdn. Bhd., τα οποία και θα προσέφερε στον εν λόγω διαγωνισμό, φωτογραφίζοντας ευθέως προϊόντα συγκεκριμένων οίκων κατασκευής φίλτρων και θέτοντας πρόσθετες προδιαγραφές, πέραν των βασικών απαιτήσεων. Συγκεκριμένα, ισχυρίζεται ότι αν και εμπορεύεται φίλτρα με συνθετική μεμβράνη πολυαιθερικής σουλφόνης του μαλαισιανού κατασκευαστικού οίκου Vital Healthcare Sdn.Bhd., τα οποία διαθέτουν πιστοποίηση CE και ISO, εν ισχύ, δεν μπορεί να συμμετάσχει στον εν λόγω διαγωνισμό για όλα τα ζητούμενα είδη της διακήρυξης, δεδομένου, κατ'

Αριθμός απόφασης: Α 454 / 2019

αρχήν, ότι η συνθετική μεμβράνη των φίλτρων της δεν είναι των συγκεκριμένων εμπορικών σημάτων που, κατά τρόπο παράνομο, απαιτεί η διακήρυξη για τα είδη με α/α 1, 2, 4, 6, 8, 9, 11, επιπλέον, και όσον αφορά τα είδη με α/α 5 και 10 για τα οποία, διότι ζητείται μεμβράνη πολυαιθερικής σουλφόνης, την οποία αν και διαθέτει, εντούτοις ζητείται να αποστειρώνονται με β' ακτινοβολία, ενώ, τα φίλτρα της είναι αποστειρωμένα με γ' ακτινοβολία. Συνακόλουθα, με έννομο συμφέρον, κατά την έννοια των διατάξεων του άρθρου 360 του ν. 4412/2016 και του άρθρου 3 του π.δ. 39/2017, βάλλει κατά όρων της διακήρυξης, δια των οποίων, μη νόμιμα κατά τους ισχυρισμούς της, αποκλείεται από το διαγωνισμό είτε δυσχεραίνεται ουσιωδώς η συμμετοχή της σε αυτόν.

6. Επειδή, πιο συγκεκριμένα η προσφεύγουσα ισχυρίζεται: Α) Ως προς τη μεμβράνη, ότι γίνεται ευθεία και απροκάλυπτη παραπομπή σε εμπορικά σήματα που φωτογραφίζουν τις κατασκευάστριες εταιρείες των συγκεκριμένων φίλτρων και ειδικότερα των μεμβρανών αυτών, που είναι και το βασικό χαρακτηριστικό των φίλτρων. Και τούτο, μολονότι το σχετικό πρότυπο EN ISO 8637, δυνάμει του οποίου χορηγείται στα φίλτρα η σήμανση CE, ουδόλως κάνει την οποιαδήποτε μνεία σε συγκεκριμένους τύπους συνθετικής μεμβράνης, ούτε πολύ περισσότερο προκρίνει έναν τύπο συνθετικής μεμβράνης έναντι κάποιου άλλο. Ειδικότερα, 1) για τα είδη με α/α 1,6, 11 και 12 ζητείται μεμβράνη vitasulfone™ που συνιστά εμπορικό σήμα της γερμανικής εταιρείας από την οποία παράγεται αποκλειστικά, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του WIPO με αριθμό ευρωπαϊκής καταχώρισης 017941893 2) για τα είδη με α/α 2 και 8 ζητείται μεμβράνη polyperhron™, που συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της ιαπωνικής εταιρείας από την οποία παράγεται αποκλειστικά, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του WIPO με αριθμό διεθνούς καταχώρισης 975713 και 3) για τα είδη με α/α 4 και 9 ζητείται μεμβράνη Amembris™, που συνιστά κατοχυρωμένο εμπορικό σήμα της γερμανικής εταιρείας από την οποία παράγεται αποκλειστικά, όπως προκύπτει από τη διεθνή βάση εμπορικών σημάτων του

Αριθμός απόφασης: Α 454 / 2019

WIPO με αριθμό διεθνούς καταχώρισης 1008376. Β) Ως προς την απαίτηση για αποστείρωση του φίλτρου, ότι όλα τα ζητούμενα φίλτρα απαιτείται να αποστειρώνονται με μία συγκεκριμένη μέθοδο, αποκλεισμένων άλλων ειδών αποστείρωσης πέραν των ρητώς καθοριζόμενων για εκάστη μεμβράνη. Ειδικότερα, τα είδη με α/α 1, 6, 11 και 12 ζητείται να αποστειρώνονται με e-beam, ενώ, τα είδη με α/α 5 και 10, δε γίνεται μνεία συγκεκριμένου εμπορικού σήματος, εντούτοις ζητείται να αποστειρώνονται με β – ακτινοβολία, αποκλεισμένης της αποστείρωσης με γ - ακτινοβολία.

7. Επειδή, μετά ταύτα, η προσφεύγουσα επιδιώκει την αναστολή της διαγωνιστικής διαδικασίας μέχρι εκδόσεως απόφασης επί της προσφυγής της.

8. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη όλων των ανωτέρω, και κατά την κρίση του επιληφθέντος Κλιμακίου, η υπό εξέταση προσφυγή δεν είναι προδήλως απαράδεκτη, ούτε προδήλως αβάσιμη, σε κάθε περίπτωση περιέχει συγκεκριμένους λόγους για τις πλημμέλειες των όρων της διακήρυξης κατά των οποίων βάλλει. Και τούτο, διότι πέραν των προϋποθέσεων του παραδεκτού που αυτή πιθανολογείται σοβαρά ότι πληροί, επιπλέον, τουλάχιστον ο ισχυρισμός της προσφεύγουσας περί μη νόμιμης θέσπισης επιπλέον προδιαγραφών των υπό προμήθεια μεμβρανών των φίλτρων, δεν μπορεί να απορριφθεί ως προδήλως αβάσιμος, διότι αν ήθελε κριθεί ότι οι προδιαγραφές αυτές προκαλούν αδικαιολόγητα εμπόδια που μπορούν να φθάσουν μέχρι τον αποκλεισμό της διάθεσης σχετικών προϊόντων που φέρουν τη σήμανση CE, έχει κριθεί ότι αυτές είναι μη νόμιμες, αν προηγουμένως δεν έχει κινηθεί αρμοδίως η διαδικασία διασφάλισης (πρβλ. ΣΤΕ 1863/2014, ΑΕΠΠ 141/2017, 347/2018). Οριστική κρίση, ωστόσο, τόσο επί του παραδεκτού όσο και επί της ουσίας των ισχυρισμών των προσφευγουσών δεν είναι δυνατόν να διαλάβει το επιληφθέν Κλιμάκιο της ΑΕΠΠ στα στενά χρονικά πλαίσια εντός των οποίων καλείται να αποφασίσει επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, διότι για τούτο απαιτείται ενδελεχής έρευνα, εμπεριέχεται δε και τεχνική κρίση, που δε μπορεί να

Αριθμός απόφασης: Α 454 / 2019

συναχθεί στο πλαίσιο της προσωρινής προστασίας (πρβλ. ΕΑ ΣΤΕ 496/2011, ΔΕφΑθ 9, 10, 20, 41, 46/2015).

9. Επειδή, από την επισκόπηση των εγγράφων του διαγωνισμού προκύπτει ότι ο υπόψη διαγωνισμός ευρίσκεται στο στάδιο της υποβολής προσφορών των υποψηφίων συμμετεχόντων, που ολοκληρώνεται στις 07-10-2019 και ώρα 10:00. Στις 03-10-2019, μάλιστα, στον ηλεκτρονικό τόπο του διαγωνισμού αναρτήθηκε η με αρ. πρωτ. 6550/03-1-2019 ανακοίνωση της αναθέτουσας αρχής, σύμφωνα με την οποία, αν και ματαιώνεται η αποσφράγιση των προσφορών που θα υποβληθούν στο διαγωνισμό, λόγω της υπό εξέταση προσφυγής, εντούτοις σημειώνεται ότι η υποβολή τους συνεχίζεται κανονικά.

10. Επειδή, λαμβανομένων υπόψη όλων των ανωτέρω, προς αποφυγή να καταστεί αλυσιτελής η αποδοχή της προδικαστικής προσφυγής, από την πρόοδο της προκείμενης διαγωνιστικής διαδικασίας, αλλά και προς αποτροπή ενδεχόμενης βλάβης της προσφεύγουσας, σε περίπτωση που κριθεί με την απόφαση επί της υπό εξέταση προσφυγής της ότι μη νόμιμα η αναθέτουσα αρχή διενεργεί τον υπό κρίση διαγωνισμό, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας.

11. Επειδή, εξάλλου, επί του αιτήματος προσωρινής προστασίας, η αναθέτουσα αρχή δεν έχει αποστείλει έως σήμερα απόψεις, ούτε και κατ' άλλον τρόπο ενημέρωσε το επιληφθέν Κλιμάκιο, αλλ' ούτε και προκύπτει, ότι λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιβάλλουν τη διενέργεια του διαγωνισμού κατά τον χρόνο που προβλέπουν τα έγγραφα της σύμβασης, ακόμη και αν σε αυτά ήθελε κριθεί ότι περιλαμβάνονται μη σύννομοι όροι. Σε κάθε περίπτωση, λόγοι δημοσίου συμφέροντος επιτάσσουν την τήρηση της νομιμότητας, κατά τη διαδικασία των διαγωνισμών για τη σύναψη δημοσίων συμβάσεων, ώστε να γίνεται η ανάθεση σε νομίμως επιλεγέντα ανάδοχο (Ε.Α. ΣΤΕ 840/2008). Άλλωστε, δεδομένου ότι η εξέταση της προσφυγής έχει ήδη προσδιοριστεί δια της 1487/2019 Πράξεως της Προέδρου του επιληφθέντος Κλιμακίου για την 23η-10-2019, η όποια επίπτωση από την αναστολή προόδου της διαδικασίας

Αριθμός απόφασης: Α 454 / 2019

έως την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής κρίνεται ως αμελητέα. Αντίθετα, η χορήγηση ανασταλτικού μέτρου θα εξασφαλίσει, κατά τα ως άνω, τα συμφέροντα όλων των μερών από το ενδεχόμενο ολοκλήρωσης επομένων σταδίων της διαδικασίας προ της έκδοσης απόφασης του Κλιμακίου, που αν ήθελε κάνει δεκτή την προσφυγή, θα επιφέρει την ακυρότητα κάθε πράξης της διαγωνιστικής διαδικασίας που ερείδεται στην προσβαλλόμενη διακήρυξη και που την έχουν ως βάση και νόμιμη προϋπόθεση.

12. Επειδή, βάσει και των ανωτέρω, επιβάλλεται να ληφθούν μέτρα προσωρινής προστασίας, το πλέον πρόσφορο δε και συγχρόνως αναγκαίο και υπό στενή έννοια αναλογικό, για την προσωρινή προστασία των διακινδυνευόμενων συμφερόντων, μέτρο είναι η αναστολή προόδου της διαγωνιστικής διαδικασίας, ώστε να μην προχωρήσει η διαδικασία και να μην υποβληθούν προσφορές και εάν έχουν υποβληθεί να μην αποσφραγιστούν και αξιολογηθούν. Η αναστολή αυτή δεν διατάσσεται με αόριστη, αλλά με βεβαία, πλην εύλογη, για την έκδοση απόφασης επί της προσφυγής διάρκεια και πάντως εντός του αποκλειστικού χρόνου του αρ. 367 παρ. 1 Ν. 4412/2016, χωρίς να καθυστερεί υπέρμετρα τη διαδικασία, ώστε να προστατευθούν και τα συμφέροντα της αναθέτουσας αρχής για ταχεία πρόοδο αυτής.

13. Επειδή, κατ' ακολουθία, το αίτημα αναστολής –προσωρινών μέτρων της προσφεύγουσας πρέπει να γίνει δεκτό.

Για τους λόγους αυτούς

Δέχεται το αίτημα περί αναστολής-προσωρινών μέτρων που σωρεύεται στην υπό εξέταση προδικαστική προσφυγή.

Αναστέλλει την πρόοδο του δημόσιου ανοιχτού ηλεκτρονικού διαγωνισμού, που διενεργεί το (υπ' αριθ. πρωτ. διακήρυξη) για την (CPV:) για χρονικό διάστημα ενός (1) έτους με δικαίωμα παράτασης ενός (1) έτους,

Αριθμός απόφασης: Α 454 / 2019

συνολικού ενδεικτικού προϋπολογισμού 196.000,00 ευρώ με ΦΠΑ για το ένα (1) έτος και 392.000,00 ευρώ με ΦΠΑ για τα δύο (2) έτη και κριτήριο κατακύρωσης την χαμηλότερη τιμή και, συγκεκριμένα, αναστέλλει την υποβολή προσφορών για τον εν λόγω διαγωνισμό και, εφόσον έχουν υποβληθεί τέτοιες, την αποσφράγιση και αξιολόγησή τους, μέχρις εκδόσεως απόφασης της Α.Ε.Π.Π. επί της υπό εξέταση προσφυγής.

Κρίθηκε και αποφασίστηκε στον Αγ. Ιωάννη Ρέντη, στις 04 Οκτωβρίου 2019, συντάχθηκε δε από τον Εισηγητή και εκδόθηκε στον ίδιο τόπο στις 07 Οκτωβρίου 2019.

Η Πρόεδρος

Η Γραμματέας

Γερασιμούλα-Μαρία Δρακονταειδή

Ελένη Κατσικά